Die Unzulässigkeit einer Erbschaftsannahme durch den Nacherben vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

– der juristischen Fakultät der –

Universität Breslau vorgelegt von

Ernst Warschauer

Referendar.

Breslau 1912

Druck: Schlesische Druckerei-Genossenschaft, e. G. m. b. H., Tauentzienstraße 49.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Herbert Meyer.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545317_0011

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung. Seite:

§ 1. Historische Entwickelung des Instituts der Nacherbfolge 9

Die Annahme der Erbschaft durch den Nacherben vor Eintritt des Falls der Nacherbfolge.

§ 2. Begriff der Annahme 11

§ 3. Lassen sich aus der Natur der Rechtsstellung, die der Nacherbe zwischen Erbfall und Nacherbfall der Erbschaft gegenüber einnimmt, Folgerungen für oder gegen die Zulässigkeit der Annahme ziehen? 12

§ 4. Die Stellung des Gesetzes zur Streitfrage 16

§ 5. Das frühere Recht bis zum BGB 17

§ 6. Die Entstehungsgeschichte der §§ 1946 und 2142 BGB 19

Die Stellung des gesamten Instituts der Nacherbfolge im System des Erbrechts.

§ 7. Erbfall, Anfall, Nacherbfall 23

§ 8. Allgemeine Stellung des Nacherben vor dem Nacherbfalle 24

§ 9. Geltung des § 1946 für den Nacherben vor dem Nacherbfalle (Nacherbschaft und Ersatzerbschaft) . . . 26

§ 10. Nacherbschaft und bedingtes Vermächtnis 31

§ 11. Anwachsung in ihrer Bedeutung für Annahme und Ausschlagung der Nacherbschaft vor dem Nacherbfalle 32

§ 12. Unmöglichkeit unmittelbarer Anwendung des § 1946 auf die Nacherbfolge 34

§ 13. Die Bedeutung der Analogie für die Nacherbfolge. § 2142 ist Ausnahmesatz 35

§ 14. Fähigkeit des Nacherben über den Nachlass vor dem Nacherbfalle Rechtsgeschäfte zu schliessen. (Unter besonderer Bezugnahme auf die Frage der Annahme vor dem Nacherbfalle) 38

§ 15. Würdigung des Ergebnisses nach seinen praktischen Konsequenzen hin 44

Literatur-Verzeichnis.

Pandektenlehrbücher.

Puchta: Pandekten, 11. Aufl.
Dernburg: Pandekten.
Windscheid: Pandekten, 3. und 4. Aufl.

Preussisches, österreichisches, sächsisches Recht.

Dernburg: Preussisches Privatrecht, 3. Aufl.
Förster-Eccius: Preussisches Privatrecht, 6. Aufl.
Koch: Preussisches Erbrecht.
Unger: Das österreichische Erbrecht.
ALR.
Allgemeines Gesetzbuch für das Kaisertum Oesterreich.
BGB. für das Königreich Sachsen.

Bürgerliches Gesetzbuch.

a) erbrechtliche Schriften.

Grosse: Die Stellung des Universalfideikommissars im Vergleich mit der Stellung des Nacherben.
Groth: Nacherbschaft, Rost. Diss. 1900.
Strohal: Das deutsche Erbrecht, 2 Bde., 3. Aufl.
Frommhold: Erbrecht des BGB.
Böhm: Erbrecht.
Pelargus: Erbrecht.
Mayer, Paul: Erbrecht.
Meyer-Reis: Erbrecht.
Peiser: Handbuch des Testamentsrechts.
Binder: Rechtsstellung des Erben.
Meischeider: Die letztwilligen Verfügungen.
Jérôme: Nacherbschaft und Ersatzerbschaft. Erlanger Dissertation 1910.
Borcherdt, Hans: Erbrecht und Nachlassbehandlung.

b) Lehrbücher des bürgerlichen Rechts.

Dernburg: Bürgerliches Recht, Bd. V.
Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3—5. Aufl.
Kohler: Bürgerliches Recht.
Landsberg: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch nach der Legalordnung des ALR.

c) Kommentare.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Auflage 2 (Ritgen), Aufl. 3 (Strohal).
Staudinger-Herzfelder: Kommentar.
Neumann: Handausgabe des BGB.
Kommentar von Reichsgerichtsräten.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch.
Kuhlenbeck: Handkommentar zum BGB.
Türck-Niedenführ: Bürgerliches Recht.
Wilke-Koffka: Kommentar zum BGB.

d) Zeitschriften und Entscheidungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 55, 67, 64.
Gruchot: Bd. 52.
Lobes Zentralblatt für die freiw. Gerichtsbarkeit.
Zeitschrift des deutschen Notarvereins.
Blatt für Rechtsanwendung, Bd. 72.
Zeitschrift „Das Recht". 1909.
Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 34.

Einleitung.

§ 1.

Historische Entwickelung des Instituts der Nacherbfolge.

§ 2100 BGB. bestimmt, daß der Erblasser einen Erben in der Weise einsetzen kann, daß dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist. Damit ist im BGB. grundsätzlich die Möglichkeit einer mehrfachen Beerbung derselben Person in zeitlicher Aufeinanderfolge anerkannt. Eine prinzipiell andere Stellung nahm das römische Recht ein. Hier galt der Grundsatz: semel heres semper heres, d. h. die einmal Erbe gewordene Person kann die Erbenqualität nicht mehr verlieren. Einzelne geringe Durchbrechungen dieses Prinzips finden sich allerdings auch im römischen Recht, aber sie bleiben Ausnahmen und bestätigen als solche die Regel

Wenn die Römer so das Institut, das wir heut in der Nacherbfolge besitzen, als dem Geiste des Erbrechts widersprechend ablehnten, so erreichten sie doch praktisch dasselbe, was heute mit der Nacherbfolge bezweckt wird, durch ein allerdings im Wesen von ihr prinzipiell verschiedenes Institut: das Universalfideikommiß. Wie schon der Name andeutet, ist es seiner Struktur nach stets ein, wenn auch besonders geartetes **Vermächtnis** gewesen und geblieben. Demgemäß erhielt der Universalfideikommissar mit dem Anfall nur eine Forderung auf Herausgabe der Erbschaft, während der Nacherbe des bürgerlichen Rechts ipso iure mit

dem Augenblicke des Eintritts des Falles der Nacherbfolge Erbe, d. h. Eigentümer der Erbschaftssachen, Gläubiger resp. Schuldner der Erbschaftsforderungen, berechtigtes Subjekt aller zur Erbschaft gehörigen Rechte war. Demgegenüber nehmen die modernen Gesetzbücher, wie das ALR., das Österreichische Allg. G. und das BGB. für Sachsen, eine prinzipiell andere Stellung ein. Denn bei ihnen vollzog sich die Auswechslung des Vermögens bereits, ebenso wie heute, im BGB. ipso iure. Der Substitut des ALR. unterschied sich vom Nacherben des BGB. eigentlich nur noch im Namen. Der Fiduziar war nach einmütiger Ansicht von Wissenschaft und Praxis Erbe nur bis zur Restitution[1]), wo ipso iure der Substitut „Erbe" wurde. Ebenso war auch die fideikommissarische Substitution des österreichischen Rechts wahre Erbeseinsetzung[2]), und schließlich lief auch die Einsetzung zum Anwärter im BGB. für Sachsen auf eine wahre Erbeseinsetzung hinaus, wenn auch inkonsequenter Weise der Gesetzgeber des BGB. für Sachsen dem Anwärter, „wenn er an die Stelle des Erben trat" (§ 2507) den Namen Erbe nicht gewährte, sondern dem ersten Erben den Namen Erbe beließ (vgl. § 2412 BGB. für Sachsen).

Trotz der prinzipiellen Stellung des BGB., das den vorangegangenen Gesetzbüchern gegenüber unzweideutig den Standpunkt der Zulässigkeit mehrfacher zeitlich aufeinanderfolgender Beerbung derselben Person vertritt, sind doch im einzelnen im Gebiete der Nacherbfolge zahlreiche Zweifel und Kontroversen vorhanden. Soweit sie die Person des Vorerben, insbesondere seine Pflichten dem Nacherben gegenüber angehen, interessieren sie hier nicht. Aber auch die Stellung des Nacherben und zwar insbesondere vor dem Augenblick, wo

[1]) Vgl. Dernburg, Pr. Pr.-R. V, S. 156.
[2]) Vgl. Unger, Österr. Erbr., S. 94.

sich die Auswechslung der Erben vollzieht (vom Gesetz „Eintritt des Falles der Nacherbfolge“ genannt) ist vielfach recht unklar geblieben. Man streitet darüber, ob das Recht, das der Nacherbe bereits mit dem Erbfall an der Erbschaft bekomme, überhaupt existiere, welcher Art (persönlicher oder dinglicher) es sei, man streitet, ob und ferner inwieweit der Nacherbe bereits mit dem Erbfall über seine Rechte Rechtsgeschäfte schließen könne und eine ganz besonders lebhafte Kontroverse hat sich an den § 2142 geknüpft. § 2142 Abs. 1 besagt: „Der Nacherbe kann die Erbschaft ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist.“ Dies hat die Frage veranlaßt: kann in entsprechender Weise der Nacherbe die Erbschaft bereits nach dem Erbfall annehmen? Die Beantwortung muß zunächst erläutern, was Annahme der Erbschaft ist.

Die Annahme der Erbschaft durch den Nacherben vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge.

§ 2.

Begriff der Annahme.

Annahme ist, wie die Ausschlagung, ein Rechtsgeschäft und zwar ist Annahme das einseitige nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäft, mit dem erklärt wird, die Erbschaft haben zu wollen. Ausschlagung das einseitige empfangsbedürftige, mit der der entgegengesetzte Wille erklärt wird. Um seinem Annahmewillen Geltung zu verleihen, stellt das Gesetz dem Erben zwei Wege zur Verfügung. Der eine ist der, ihn irgendwie durch Wort oder Tat zu erklären, der andere, eine vom Gesetze gestellte Frist ohne Ab-

gabe der Erklärung verstreichen zu lassen. Für eine Annahme der Erbschaft durch den Nacherben kommt nur der erste Weg zur Erklärung des Annahmewillens in Frage, da die Ausschlagungsfrist überhaupt erst nach dem Eintritt des Falls der Nacherbfolge zu laufen beginnt, wie sich aus dem Sinne des Gesetzes nach allgemeiner heute nicht mehr bestrittener Meinung ergibt [1]). Die Streitfrage beschränkt sich also auf die Untersuchung, ob der Nacherbe durch ausdrückliche oder konkludente Erklärung die Erbschaft vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge annehmen kann.

§ 3.

Lassen sich aus der Natur der Rechtsstellung, die der Nacherbe zwischen Erbfall und Nacherbfall der Erbschaft gegenüber einnimmt, Folgerungen für oder gegen die Zulässigkeit der Annahme ziehen?

Es ist von einer Seite, nämlich Grosse [2]), versucht worden, die Frage zu entscheiden aus der Beziehung, die zwischen der Annahme und Ausschlagung einerseits und der Natur der Rechtsstellung des Nacherben zur Erbschaft vor dem Nacherbfalle andererseits obwalte.

Grosse meint, daß zwischen der Ausschlagung einer bereits angefallenen Erbschaft und der Ausschlagung vor dem Nacherbfall [3]) ein Wesensunterschied bestände. Denn die Ausschlagung vor dem Nacherbfall sei gar keine Ausschlagung, sondern vielmehr ein Verzicht auf ein gegenwärtiges Recht, nämlich das Recht, Erbe zu werden, ein Unterschied, der zwischen der gewöhnlichen Annahme und der Annahme vor dem Nacherbfall nicht bestände, so daß hier mit Recht die Ausschlagung für

---

[1]) Vgl. RG. 59, S. 344; Planck, § 2142, Anm 1.

[2]) Grosse. Die Stellung des Universalfideikommissars im Vergleich mit der Stellung des Nacherben. S. 49.

[3]) Nacherbfall = Eintritt des Falls der Nacherbfolge.

zulässig, die Annahme durch das Schweigen des Gesetzes für unzulässig erklärt worden sei.

Ist es die zukünftige Erbschaft, die der Nacherbe vor dem Nacherbfall annimmt oder ausschlägt oder beziehen sich die Erklärungen auf ein gegenwärtig bereits erworbenes Recht?

Welcher Art ist dieses Recht? Das BGB. spricht im § 2108 von dem „Recht" des Nacherben. Damit scheint die Frage bezüglich der Natur dessen, worüber sich der Nacherbe erklärt, gelöst zu sein. Es ist ein „Recht" und zwar ein Erbrecht. Fragt man aber weiter, welcher Natur das Erbrecht des BGB. ist, was das Gesetz unter „Erbrecht" eigentlich versteht, so kann man mit Strohal[1]) nicht weniger als vier Bedeutungen des Begriffes „Erbrecht" nachweisen. „Erbrecht" hat der definitive Erbe (jus successionis), Erbrecht hat der noch nicht definitive Erbe vor Abgabe seiner entscheidenden Erklärung (jus succedendi), Erbrecht hat der Nacherbe gemäß § 2108, ja „Erbrecht" hat sogar der zukünftige gesetzliche Erbe, der auf seinen gesetzlichen Erbteil verzichtet (§ 2346 ff. BGB.). Diesen Begriffen „Erbrecht" ist allen etwas Negatives gemeinsam, es sind das alles keine subjektiven, also entweder obligatorische oder absolute Rechte im Sinne des bürgerlichen Rechts, denen ohne weiteres Eigenschaften dieser Rechte, wie Vererblichkeit, Veräußerlichkeit anhaften, sondern es sind, streng genommen, überhaupt keine „Rechte", sondern Rechtslagen oder Rechtsstellungen[2]). Diese sind untereinander aber wieder sehr verschieden. Denn während, wie Strohal hervorhebt, die Rechtsstellung des gesetzlichen Erben eine bloße „Aussicht" ist, liegt der Rechtsstellung des

[1]) Strohal, Das Erbrecht, I, § 5.

[2]) Vgl. Jérôme, Nacherbschaft und Ersatzerbschaft, S. 51 und die dort zitierten (Kohler, Binder, Affolter etc.).

Erben die Innehabung einer Anzahl sehr verschiedenartiger subjektiver Rechte zugrunde. Demgemäß ist damit wenig gewonnen, wenn gesagt wird, der zum Nacherben Eingesetzte habe eine Rechtsstellung. Denn dies wäre nur ein präziserer Ausdruck für das Wort „Recht" des BGB. Vielmehr ist weiter zu fragen: Gibt die Einsetzung zum Nacherben sofort subjektive Rechte an den einzelnen Erbschaftsgegenständen oder bedeutet sie nichts als bloß die gesicherte Aussicht, an einem bestimmten Zeitpunkte die Erbenstellung erlangen zu können? In der Literatur herrscht, soweit dem Erben ein „Recht" an der Erbschaft zugebilligt wird, Uneinigkeit darüber, ob dieses „Recht" absoluter oder persönlicher Art sei. Die letzte Ansicht scheint jetzt ziemlich allgemein zugunsten der ersten aufgegeben zu sein. Das dingliche „Recht" an der Erbschaft, das von vielen[1]) dem zum Nacherben Eingesetzten zugesprochen wird, ist nur denkbar ähnlich wie etwa der Nießbrauch an einem Vermögen, d. h. als die Summe einer Anzahl dinglicher Rechte an den einzelnen Erbschaftsgegenständen[2]). Planck-Strohal[3]), der besonders eingehend zu beweisen sucht, daß der Nacherbe ein dingliches „Recht" an der Erbschaft habe, führt alle Bestimmungen auf, durch die der Nacherbe bei der Verfügung über Nachlaßgegenstände beschränkt wird. Diese Verfügungsbeschränkungen des Vorerben stellen aber sich nicht als Ausflüsse etwaiger dinglicher Rechte des Nacherben an den Nachlaßgegenständen dar. Wenn im Grundbuch gemäß § 52 GO. das „Recht" des Nacherben eingetragen wird, so wird damit noch weniger ein dingliches Recht an einem Grundstücke

---

[1]) Z. B. Staudinger-Herzfelder, V, S. 394, zweifelnd; Planck-Strohal, V, S. 396; Dernburg, V, S. 161 u. a.

[2]) Vgl. Du Chesne, Zentralblatt f. fr. G., S. 56.

[3]) Planck-Strohal, a. a. O.

eingetragen als etwa durch die Vormerkung ein dingliches Recht dessen, für den sie eingetragen wird, begründet wird[1]); vielmehr handelt es sich dabei lediglich um eine gesetzliche Schutzmaßregel. Denn dies geht besonders daraus hervor, daß die Eintragung des Schutzvermerks von „Amts wegen" erfolgt. Es handelt sich demnach nicht um ein bereits begründetes Recht des Nacherben, das geschützt werden soll – denn Privatrechte werden nicht von Amts wegen gegen Verletzung vom Richter geschützt – auch nicht um ein Recht, das erst durch Eintragung ins Grundbuch begründet wird, sondern um eine gesetzliche Schutzmaßregel dafür, daß die wesentlichsten Bestandteile der Erbschaft dem Nacherben zur bestimmten Zeit unversehrt zukommen, also um eine formelle Maßregel zum Zwecke der Verwirklichung des letzten Willens des Erblassers. Und noch weniger ist ein dingliches Recht etwa an der Substanz derjenigen Gegenstände, über die der Nacherbe frei verfügen kann, denkbar. Die den Vorerben beschränkenden Bestimmungen des Nacherbrechts sind lediglich als gesetzliche Schutzmaßregeln zum Zwecke der Sicherung der Verwirklichung des letzten Willens des Erblassers aufzufassen[2]) und beweisen nicht, daß der Nacherbe vor dem Nacherbfall irgendwelche Rechte an den Erbschaftsgegenständen habe.

Demgemäß bezieht sich die Ausschlagungserklärung des Nacherben vor dem Nacherbfall ebensowenig wie die Annahmeerklärung auf ein gegenwärtiges Recht des Nacherben und der daraus von Grosse gezogene Unterschied für ihre Zulässigkeit fällt fort.

---

[1]) Vgl. Du Chesne, a. a. O.

[2]) Vgl. Borchardt, Das Erbrecht und die Nachlassbehandlung, S. 372.

§ 4.

Die Stellung des Gesetzes zur Streitfrage.

Im Gesetze selbst findet sich keine direkte Beantwortung der Frage. § 2142, 1, spricht nur von der Ausschlagung. Daß der Nacherbe nach dem Nacherbfall die Erbschaft sowohl annehmen wie ausschlagen kann, sofern er sich nicht schon vorher in rechtswirksamer Weise darüber erklärt hat, ist zwar auch nicht ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen, ergibt sich aber als selbstverständlich aus der ganzen Struktur des Instituts der Nacherbfolge im Gesetz. Nicht selbstverständlich ist dagegen ohne weiteres ein Recht die Erbschaft schon vor dem Nacherbfalle annehmen oder ausschlagen zu können. Und daher ist das Recht einer solchen Ausschlagung dem Nacherben durch § 2142 ausdrücklich zugestanden. Es fragt sich, warum das Gesetz nicht in gleicher Weise — sei es im positiven, sei es im negativen Sinne — die Frage bezüglich der Annahme regelt. Die Annahme und Ausschlagung der Erbschaft sind im allgemeinen geregelt durch § 1946. Nach der Ansicht vieler[1]) soll § 1946 die Bedeutung haben, daß jeder Erbe, auch der Eventualerbe (Ersatzerbe und entferntere nach Wegfall näherer Verwandten zur Succession gelangende Verwandte) und Nacherbe, sobald der Erbfall eingetreten ist, annehmen oder ausschlagen können. Danach stellt sich § 2142 nur als ein wegen seiner besonders wichtigen Konsequenzen wiederholter Folgesatz aus § 1946 dar. Nach der Ansicht

[1]) Strohal, D. D. Erbr., § 61a Note 1, § 28a Note 3; Planck-Strohal, § 2142; Neumann, § 2142; Binder, S. 106; Türck-Niedenführt, § 2142; Cosack, § 376, Anm. 12a; Peiser, S. 74; Frommhold, § 1946; Endemann, S. 345 (III), Anm. 10; Goldmann-Lilienthal, I., S. 322; Böhm, S. 250; Landsberg, S. 1105; Bendix, S. 881; Wilke, S. 162; Fischer-Henle, § 2142

anderer[1]) gilt für die Nacherbfolge das Prinzip, daß der Nacherbe nicht vor dem Nacherbfall annehmen oder ausschlagen kann. Danach ist § 2142 Ausnahmesatz von diesem Prinzipe. Je nachdem man sich für das eine oder das andere entscheidet, wird sich für unsere Streitfrage die eine oder die andere Lösung ergeben. Die Entscheidung hängt ab von der Interpretation des Gesetzes. Mittel der Interpretation sind in der Hauptsache historische Entwickelung, Entstehungsgeschichte der Normen und Sinn und Bedeutung der Normen im Zusammenhang des Gesetzes.

§ 5.

Das frühere Recht bis zum BGB.

Die oben in § 1 skizzierten Rechtsinstitute nehmen zur Frage der Annahme und Ausschlagung der Erbschaft folgenden Standpunkt ein: Der Universalfideikommissar des römischen Rechts kann die Erbschaft annehmen oder ausschlagen, wie der gewöhnliche Vermächtnisnehmer das Vermächtnis nach dem Erwerb. Der Erwerb vollzog sich mit dem Erbschaftsantritte des Erben und schob sich hinaus durch Hinzufügung einer Befristung oder Bedingung bis zum Eintritt des dies oder der condicio. Vorher konnte der Universalfideikommissar, wie der gewöhnliche Vermächtnisnehmer, weder annehmen noch ausschlagen[2]) vgl. l. 45 § 1, D. 31 (contra Windscheid, der in der zitierten Stelle noch nicht das letzte Wort der Quellen sieht und den Anfall,

[1]) Planck-Ritgen, § 2142; Dernburg, V., S. 174; Windscheid-Kipp, S. 517, Anm. 7; Staudinger-Herzfelder, § 2142; Meischeider, S. 283; Meyer-Reis, S. 91; P. Mayer, S. 295; Pelargus, S. 282; Kuhlenbek, III, S 209; Waentig in Z. D. Not. V., VI., S. 407; OLG. München, Bl. f. RA, Bd. 72, S. 1000; Grosse, S. 49; Jérôme, S. 60.

[2]) Vgl. Dernburg, P. III., S. 210; Puchta, P. S. 771, Wi. P. III, S. 633.

d. h. den dies cedens für maßgebend erachtet. Dagegen spricht aber der Wortlaut der zitierten Stelle). Das Österreichische Gesetz bestimmt im § 799 Allg. GB., daß der Erwerb der Erbschaft sich durch vor Gericht erklärte Antretung vollziehe. Nach ihm hat also die Antretung eine andere Bedeutung als heute die Annahme. Über den Zeitpunkt, wann die Möglichkeit anzutreten für den Erben beginne, schweigt das Gesetz. Die Frage ist demnach auch nicht unzweifelhaft. Unger und Groth[1]) nehmen an, daß jeder, auch der eventuell als Nacherbe Eingesetzte, sofort nach dem Erbfall antreten könne. Das preußische Recht bestimmt in ALR. I., 9, § 383, daß jeder, dem eine Erbschaft anheimgefallen ist, die Wahl hat, ob er dieselbe . . . . übernehmen oder ihr entsagen wolle. Aus der ganzen Konstruktion der fideikommissarischen Substitution ist zu entnehmen, daß den fideikommissarischen Substituten und ebenso den bedingt oder befristet eingesetzten Erben der Anfall erst geschah mit dem Eintritte des Substitutionsfalles der Bedingung resp. Befristung[2]). Jedenfalls lief ihm, wie allgemein angenommen wird, erst von da ab die Überlegungsfrist, die jeder Erbe nach preußischem Recht bezüglich der Annahme und Ausschlagung hatte[3]). Es ist anzunehmen, daß er vorher weder annehmen noch ausschlagen konnte. (Die Frage ist in der Literatur nicht erörtert.) Das sächsische Recht bestimmt, daß die Erbschaft erst nach dem Anfall angetreten oder ausgeschlagen werden kann (§ 2254 BGB. f. Kgr. Sachsen). Daher ist wohl auch anzunehmen, daß der Anwärter die Erbschaft nicht vor dem Zeitpunkte des Anfalles der Anwartschaft antreten oder ausschlagen kann.

---

[1]) Unger, das öster. Erbr., S. 148; Groth, die Nacherbschaft nach dem BGB., S. 9.

[2]) Förster-Eccius, IV., S. 333; ALR. I., 9, 369, I., 12, 486, 489.

[3]) Koch, Pr. Privatrecht, S. 1063.

Es ist ersichtlich, daß die Historie uns für die Frage, ob der § 1946 derart weit zu interpretieren sei, nicht viel helfen kann. Das römische Recht versagt deshalb, weil es, wie wir gesehen haben, keine Nacherbfolge im Sinne des BGB. kennt. Im österreichischen Recht ist die Frage auch nicht ganz sicher, das preußische und sächsische Recht aber scheinen zu bestimmen, daß der Anfall der für die Willenserklärung bezüglich der Erbschaft in Betracht kommende Zeitpunkt sei, können also zur Aufklärung der Bedeutung des neuen Gedankens, den Zeitpunkt des Erbfalls für maßgebend zu machen, nicht herangezogen werden. Demgemäß muß ein weiterer Versuch, den Sinn des § 1946 aufzuklären, dadurch gemacht werden, daß seine, sowie die damit in Zusammenhang stehende Entstehungsgeschichte des § 2142 klargelegt wird.

§ 6.

Die Entstehungsgeschichte der §§ 1946 und 2142 BGB.

§ 1946 BGB. lautete im Entwurf I anders. Dort bestimmte der dem § 1946 entsprechende § 2033, daß der Erbe die Erbschaft annehmen oder ausschlagen könne, sobald er von dem Anfall und dem Grunde des Anfalls Kenntnis habe. Da Anfall ein sowohl der gewöhnlichen Erbfolge als der Nacherbfolge gemeinsamer Begriff ist, so ließ sich der § 2033 unmittelbar auf die Nacherbfolge anwenden, sodaß auch der Nacherbe nach § 2033 die Erbschaft nur annehmen oder ausschlagen konnte, sobald er von dem Anfalle und dem Grunde des Anfalls Kenntnis hatte. Dies führte besonders hinsichtlich der Ausschlagung zu Unzuträglichkeiten[1]). Da nach § 1981 Entw. I der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil erst verlangen

[1]) Vgl. Mot. V., S. 121.

konnte, wenn er die Erbschaft ausgeschlagen hatte, sollte der Pflichtteilsberechtigte niemals den Pflichtteilsanspruch vor dem Nacherbfall geltend machen können. Auch sonst schien es im Verhältnis des Vorerben zum Nacherben wünschenswert und praktisch, recht bald Gewißheit darüber zu erhalten, ob der Nacherbe ausschlagen wolle oder nicht. Man schuf also im § 2142 (Entwurf I, 1832) die erwähnte Bestimmung für die Ausschlagung, die aber, also jedenfalls im Entwurf I, Ausnahmebestimmung war. Diese Bestimmung wurde als sachlich gebilligt in dem Entwurf II aufgenommen. Ein halbes Jahr später gelangte man, wie Strohal [1]) hervorhebt, zur Beratung des § 1946 (2033 E. I). Man beschloß den § 1946 zu ändern. Man erblickte darin, daß der Erbe nicht vor Kenntnis des Anfalls annehmen oder ausschlagen konnte, eine unnötige Bevormundung des Erben und änderte den § 1946 dahin, daß er annehmen oder ausschlagen konnte, sobald der Erbfall eingetreten ist [2]). Wie Strohal hervorhebt, setzten die Gesetzgeber mit Absicht den Augenblick des Erbfalls und nicht etwa nur den Augenblick des Anfalls als den für die in Frage stehenden Willenserklärungen des Erben maßgebenden Zeitpunkt ein [3]). Für diese Absicht spricht deutlich die Fassung des § 1946. Denn § 1946 würde eigentlich etwas Selbstverständliches sagen, wenn man nicht annehme, daß der Gesetzgeber ihm diesen Sinn hat unterlegen wollen. Denn man muß § 1946 so verstehen, daß der Erbe „schon“ und nicht etwa, daß er „erst“ mit dem Erbfalle annehmen oder ausschlagen kann. Für diese Auslegung spricht ferner § 1949 Abs. 2 [4]). Bei Änderung des § 1946 wurde § 1949 Abs. 2 in Betracht gezogen. In § 1949 Abs. 2 (2038 Abs. 3) wurde den

[1]) Planck-Strohal, § 2142; Strohal, D. Erbr. II, S. 15.
[2]) Prot. V., S. 625.
[3]) Strohal, a. a. O.
[4]) Strohal, a. a. O.

aus verschiedenen Berufungsgründen zu mehrfachen Erbteilen berufenen Erben die Möglichkeit geschaffen, mittelst einer Erklärung die Erbschaft für alle Berufungsgründe zugleich, auch wenn auf Grund des einen noch kein Anfall erfolgt war, auszuschlagen. Diese Bestimmung (§ 2038 Abs. 3) charakterisierte sich also früher als Ausnahme von § 2033 (Entw. I). Bei der Änderung von § 2033 hat man beabsichtigt § 2033 dadurch in Einklang mit § 2038 Abs. 3 zu bringen[1]).

Somit scheint der Gesetzgeber tatsächlich in § 1946 Erben, denen die Erbschaft noch gar nicht angefallen ist, das Recht anzunehmen oder auszuschlagen, gegeben zu haben. Als solche Erben kommen in Betracht Eventual- und Nacherben. Daß der Gesetzgeber der ersten Kategorie das Recht anzunehmen oder auszuschlagen bereits mit dem Erbfall hat geben wollen, scheint im Hinblick auf den in den Motiven angezogenen § 2038 Abs. 3 wahrscheinlich. Denn § 2038 Abs. 3 enthält gerade den Fall, daß ein Erbe als Ersatzerbe vor dem Anfall ausschlägt. Dafür aber, daß der Gesetzgeber auch der zweiten Kategorie, den Nacherben dieses Recht hat geben wollen, läßt sich ein Beweis nicht erbringen. Die Entstehungsgeschichte spricht vielmehr dagegen. Zunächst spricht dagegen die Entstehungsgeschichte des § 1949 Abs. 2[2]). Denn in den Motiven ist ausdrücklich bemerkt, daß sich § 2038 nur auf Fälle bezieht, wo ein Erbe infolge Ausschlagung eines Vorberufenen nur Succession gelange, also auf Eventualerben, dagegen nicht auf Nacherben, was besonders wichtig für die Auslegungsregel des § 1838 Abs. 3 sei. Mithin läßt sich mit einiger Wahrscheinlichkeit der Schluß ziehen, daß auch der mit § 1949 Abs. 2 in Einklang gebrachte § 1946 sich nach dem Willen des Gesetzgebers nicht auf den

[1]) Prot. V., S 626.
[2]) Mot. V., S. 509.

Nacherben beziehen soll. Dagegen spricht aber ferner der § 2142. § 2142 war im Entw. I Ausnahmebestimmung von § 2033 (§ 1946 BGB.). Hätten die Gesetzgeber bei der Änderung des § 2033 seine Auslegung auch auf den Nacherben gewollt, dann hätten sie den § 2142 Abs. 1 als überflüssig streichen müssen[1]). Es scheint, daß sie ihn stehen ließen, weil sie vergaßen, daß § 2033 sich nicht mehr unmittelbar wie vorher auf die Nacherbfolge anwenden läßt. Sie scheinen also am Charakter des § 2142 als Ausnahmesatz festgehalten zu haben, und nur übersehen zu haben, daß § 2142 jetzt eigentlich in der Luft schwebt, da das Prinzip, daß der Nacherbe seine Willenserklärungen bezüglich der Erbschaft erst nach dem Nacherbfall abgeben könne, infolge der Änderung des § 2033 nicht mehr zum Ausdruck gelangt ist. Die andere Ansicht, daß § 2142 wegen seiner besonderen Wichtigkeit als Folgesatz von § 1946 stehen geblieben ist, findet in den Motiven keine Stütze, vielmehr läßt die Enstehungsgeschichte viel eher den Schluß zu, daß der Gesetzgeber, als er den Anfall durch § 1949 indirekt ausschaltete, nur dem Eventual- nicht dem Nacherben hat das Recht geben wollen, vor dem Anfall auszuschlagen oder anzunehmen. Die Entstehungsgeschichte wäre allein nicht maßgebend, zumal wenn der Wille des Gesetzgebers so wenig deutlich zum Ausdruck gelangt ist wie im vorliegenden Falle. Da nach Vorangegangenem also die einzelnen besonderen Interpretationsmittel zur Auslegung des § 1946 und zur Feststellung seines Verhältnisses zu § 2142 nicht ausgereicht haben, ist es notwendig daran zu gehen, die Streitfrage zu beantworten aus dem Wesen des gesamten Instituts der Nacherbfolge und der Stellung, die dieses Institut im System des Erbrechts einnimmt.

[1]) Neumann, II, S. 545; Komm. v. Reichsger. R., S. 549; Planck-Strohal, S. 573 unt.; Waentig, S. 407.

Die Stellung des gesamten Instituts der Nacherbfolge im System des Erbrechts.

§ 7.

Erbfall, Anfall, Nacherbfall.

Um die Frage zu beantworten, ob es den Bestimmungen des Erbrechts und insbesondere denen des Nacherbenrechts angemessen ist, den § 1946 so auszulegen, daß auch der Nacherbe schon bereits mit dem Erbfall, d. h. vor dem Anfall annehmen oder ausschlagen kann, wird es notwendig sein, einige für die folgende Untersuchung grundlegende Begriffe, nämlich „Erbfall", „Anfall" und „Nacherbfall" zu präzisieren.

Erbfall ist nach der Definition des § 1923 der Augenblick des Todes des Erblassers.

Anfall nach der Definition des § 1942 der Augenblick des tatsächlichen Überganges der Erbschaft auf den berufenen Erben.

In der Regel werden Erbfall und Anfall zeitlich zusammenfallen. Es kann aber auch zu einer mehrfachen Berufung kommen, wenn der Erstberufene die Erbschaft ausschlägt. In einem solchen Falle gelangen diejenigen zur Succession, die demnächst nach Fortfall des ersten zur Erbfolge berufen sind (§ 1953). Für diese vollzieht sich der Anfall erst in dem Augenblick, wo der Erstberufene ausschlägt. Kraft gesetzlicher Fiktion wird es aber so angesehen, als sei dieser Übergang des Vermögens des Erblassers bereits mit dem Tode des Erblassers erfolgt (§ 1953 Abs. 2 Satz 2). Der Erbfall ist somit laut gesetzlicher Vorschrift der wirkliche oder fiktive Anfallstermin aller Berufungen zur Erbschaft.

Eine Ausnahme macht allein der Fall der Einsetzung eines Nacherben. Hier ist der Erbfall nicht fiktiver Anfallstermin auch dieses Anfalls. Denn in der Nacherbfolge nimmt die Stellung, die der Erbfall in der gewöhnlichen Erbfolge hat, der Nacherbfall ein. Nacherbfall ist nach § 2100 der Moment des Wegfalls des Vorerben. Bei testamentarischer Erbeinsetzung wird gemäß § 1923 im Moment des Todes der eingesetzte Erbe „Erbe". – Bei testamentarischer Nacherbeinsetzung wird im Augenblick des Aufhörens der Vorerbenstellung des Vorerben der eingesetzte Nacherbe „Erbe". Erbfall und Nacherbfall sind also zwei Zeitpunkte, die im Aufbau des Systems einander prinzipiell entsprechen[1]).

Dieser analogen Stellung gemäß ist auch nicht der Erbfall, vielmehr der Nacherbfall fiktiver Anfallstermin aller von dem Nacherbfall zeitlich getrennten Anfälle. Gemäß § 2139 nämlich fällt die Erbschaft dem Nacherben mit dem Nacherbfall an. Auch dies ist nur die Regel genau wie im § 1942. Auch hier kann z. B. im Falle einer Ersatznacherbschaft der Anfall bei Ausschlagung des ersten Nacherben zeitlich hinter den Nacherbfall fallen, dann ist er auf ihn kraft Fiktion genau so zurückzuziehen, wie der Anfall im gewöhnlichen Erbrecht auf den Erbfall. Der Nacherbfall ist wirklicher oder fiktiver Anfallstermin aller infolge von Nacherbeneinsetzung sich ergebender Nacherbenberufungen.

§ 8.

Allgemeine Stellung des Nacherben vor dem Nacherbfalle.

Aus der grundlegenden Bedeutung, den der Nacherbfall in seiner dem Erbfall analogen Stellung hat, ergibt sich als oberste Folgerung, daß genau wie der

[1]) Vgl. Endemann, V, S. 179.

zum Erben Eingesetzte vor dem Erbfall noch nicht Erbe, auch der zum Nacherben Eingesetzte vor dem Nacherbfall noch nicht Erbe ist (a. a. c. aus § 2100). Ausgehend von diesem Obersatz ergeben sich für das Verhältnis der allgemeinen erbrechtlichen Vorschriften zu dem Nacherbenrecht folgende Untersätze als Konsequenzen:

1. Bestimmungen, welche dem Erben zur Zeit des Anfalls oder nach dem Anfall Rechte oder Pflichten geben, können niemals vor dem Nacherbfall auf den Nacherben angewandt werden. Denn mit dem Nacherbfall erfolgt frühestens ein Anfall für den Nacherben, eventuell noch später, also z. B. § 1944 läßt sich auf den Nacherben erst anwenden, wenn der Nacherbfall und somit ein Anfall eingetreten ist. Von diesem Moment ab läuft dem Nacherben die Ausschlagungsfrist (vgl. § 2 dieser Arbeit und das dortige Zitat).
2. Bestimmungen, die dem Erben schlechthin Rechte oder Pflichten auferlegen, sind unanwendbar vor dem Nacherbfall, dagegen unmittelbar anwendbar nachher. Z. B. der Erbe hat nach § 2018 den Erbschaftsanspruch. Es waltet kein Zweifel darüber, daß der Nacherbe den Erbschaftsanspruch erst nach dem Nacherbfall, und nicht bereits vorher, hat, denn vorher ist er noch nicht „Erbe“[1]). Der Erbe hat nach § 2353 das Recht, einen Erbschein zu verlangen. Es ist zweifellos, daß der Nacherbe vor dem Nacherbfall dieses Recht nicht hat[2]). Der wirkliche Erbe hat nach § 2362 Abs. 1 Anspruch auf Herausgabe des Erbscheins von seiten eines unrechtmäßigen Besitzers an das

[1]) Vgl. Staudinger-Herzfelder, S. 260; Planck-Strohal, S. 220.

[2]) Planck-Unzer, S. 892.

Nachlaßgericht. An und für sich würde der Nacherbe diesen Anspruch vor dem Nacherbfall nicht haben, aber das Gesetz bestimmt in § 2363 Abs. 2 ausdrücklich, daß der Nacherbe das in § 2362 Abs. 1 bestimmte Recht habe, d. h. bereits vor dem Nacherbfall. Dagegen hat der Nacherbe den Anspruch aus § 2662 Abs. 2 wieder nicht vor dem Nacherbfall. (Der Anspruch geht auf Auskunft über den Verbleib etwa von dem unrechtmäßigen Besitzer des Erbscheins beiseite gebrachter Erbschaftssachen.) Denn vorher ist er noch nicht „Erbe".

3. Bestimmungen, die erbrechtliche Verhältnisse zur Zeit des Erbfalls regeln, sind auf den Nacherben überhaupt nicht, weder vor noch nach dem Nacherbfall, unmittelbar anwendbar, z. B. kann unmöglich § 1963 auf den Nacherben unmittelbar angewandt werden.

§ 9.

Geltung des § 1946 für den Nacherben vor dem Nacherbfalle.

(Nacherbschaft und Ersatzerbschaft.)

§ 1946 scheint, wenn man ihm seinem Wortlaute nach unter die in dem vorangegangenen § 8 aufgestellten Kategorien einreihen will, der dritten Abteilung zuzugehören, deren unmittelbare Anwendung auf die Nacherbfolge überhaupt ausgeschlossen ist. Aber es ist bereits oben darauf hingewiesen worden, daß § 1946 einen anderen Sinn hat als seine Worte zunächst zu besagen scheinen, nämlich den, daß der Erbe bereits vor dem evtl. von dem Erbfall zeitlich getrennten Anfall annehmen oder ausschlagen kann und es fragt sich, ob nicht insofern etwa aus § 1946 eine Ausnahme von den Folgerungen abgeleitet werden kann, die sich aus dem Prinzip des § 2100 ergeben haben.

Das RG.[1]) will die Begriffsbestimmung des Wortes „Erbe“, die durch § 1923 gegeben ist, als eine streng technische anerkannt wissen. Nach ihm ist Erbe stets nur der, auf den durch Universalsuccession die Erbschaft bereits übergegangen ist. Wäre diese Auffassung die richtige, dann ließe sich das Wort Erbe z. B. auch niemals auf den Ersatzerben vor Wegfall des Erstberufenen anwenden. Gegen diese Ansicht des RG. spricht aber das Gesetz selbst. Gerade der § 1946 beweist, daß eine derartig „zugespitzte“ (Endemann) Auslegung des Wortes „Erbe“ unmöglich am Platze sein kann[2]). Das Gesetz ist selbst bisweilen ungenau im Gebrauch des Wortes „Erbe“. Es spricht z. B. in §§ 1935 und 2094 von Erben, die vor dem Tode des Erblassers weggefallen sind, obwohl diese Personen Erben nie geworden sind. Es spricht in § 2142 vom Nacherben, obwohl der Nacherbe zur Zeit der Ausschlagung vor dem Nacherbfall „Erbe“ noch nicht ist. Korrekt müßte es in den genannten Fällen heißen: „Der zum Erben Eingesetzte“, „der zum Nacherben Eingesetzte“ für „Erbe“ und „Nacherbe“. Ein solcher Fall, wo jemand schon Erbe tituliert, ohne es in Wirklichkeit zu sein, liegt wohl in § 1946 nicht vor und doch hat hier sicherlich das Wort Erbe die Bedeutung, die es sonst für gewöhnlich hat und die das RG. als technisch bezeichnet, nicht. Diesen Standpunkt nimmt jetzt auch Kipp ein, der noch in Auflage 3 von Windscheids Pand. die Ansicht vertrat, nur derjenige, dem die Erbschaft angefallen sei, sei Erbe und der deshalb sogar auch die Anwendbarkeit des § 1946 auf Ersatzerben leugnet[3]). In Auflage 4 hält er den § 1946 für auf Ersatzerben anwendbar[4]). Einen Grund dafür, warum

---

[1]) RG. 64, 175.

[2]) Endemann, JW. 1910, S. 91.

[3]) Windscheid, Pand. III., Aufl. 3, S. 439.

[4]) Windscheid, Pand., Aufl. 4, S. 460, Anm. 5.

im Sinne des § 1946 nun auch Ersatzerben „Erben“ sind, gibt Kipp nicht an. Ebenso auch nicht die herrschende Meinung, sondern er beruft sich mit der herrschenden Meinung auf das Wort „Erbfall“, im Gegensatz zu „Anfall“, um diese doch durchaus werkwürdige Auslegung des Worfes „Erbe“ im § 1946 zu rechtfertigen.

Streng genommen ist diese Auslegung gar nicht zu rechtfertigen, solange nicht ein Abs. 2 vorhanden ist zu § 1946, etwa des Inhalts: „Als Erben im Sinne dieses Paragraphen gelten auch solche Personen, die durch Wegfall des Erstberufenen zur Succession gelangen können,“ dürften eigentlich den Ersatzerben die Rechte aus § 1946 vor dem Anfalle nicht gegeben werden. Wir werden aber einen solchen Zusatz aus § 1953 herausziehen dürfen. Denn der Zwiespalt, der hier vorliegt, ist eine der vielen Schwierigkeiten, die Fiktionen stets mit sich zu bringen pflegen[1]). Denn, wie Endemann bemerkt, können die „kläglichen Doppelfiktionen“ es doch nicht verhindern, daß der Erstberufene „Erbe“ bis zur Ausschlagung ist, und so fügen wir hinzu, daß der danach Succedierende vorher eben noch nicht Erbe ist. Und wenn das Gesetz im § 1953 eine Person als Erben bezeichnet, die wegen der Ausschlagung als Erbe nicht mehr angesehen werden darf, so ist es uns mit demselben Rechte erlaubt anzunehmen, daß im § 1946 Personen als Erben bezeichnet sind, die noch nicht Erben sind, weil die eventuelle Ausschlagung, die sie rückläufig für die Vergangenheit zu Erben macht, noch nicht erfolgt ist. Gewiß sind in Wirklichkeit Erben nur die zunächst Berufenen und nicht etwa der Halbneffe X oder Y, an den die Erbschaft dann fällt, wenn 10 Andere ausschlagen. Aber, falls dann wirklich die 10 Anderen ausschlagen, dann

[1]) Endemann, a. a. O.

müssen wir es so ansehen, als sei der Halbneffe Erbe im Augenblick des Erbfalles geworden. Hat der Halbneffe sogleich nach dem Erbfall angenommen oder ausgeschlagen, so ist seine Erklärung als die eines Nichterben zunächst ungültig und zwecklos und bleibt es auch in Zukunft, wenn der Anfall an ihn nicht erfolgt, eine zwar unschädliche, aber bedeutungslose Rechtshandlung. Wird dagegen der Halbneffe später Erbe, so gewinnt seine Erklärung Gültigkeit, da es so anzusehen ist, als sei er im Augenblick, als er sie abgab, schon Erbe gewesen. Mithin kann er nicht mehr ausschlagen, wenn er schon vorher angenommen hat und ist so unwiderruflich an seine Erklärung gebunden. Hat er aber ausgeschlagen, so gelangt der demnächst entferntere Berufene sofort mit der Ausschlagung des Ersten zur Succession, denn der dazwischen Befindliche gelangt in Wirklichkeit nicht zur Succession, er hat ja in der Zeit, wo er kraft Fiktion Successor gewesen war, gültig ausgeschlagen. Die scheinbare Durchbrechung also, die das Gesetz dem Prinzip, daß nur nach dem Anfall die Erbschaft gültig ausgeschlagen oder angenommen werden kann, zuteil werden läßt, ist keine solche, weil der Erbfall fiktiver Anfallstermin aller etwa in Wirklichkeit erst später erfolgender Anfälle ist[1]).

Nach Vorangegangenem gilt also § 1946 nicht bloß für den Erben selbst, sondern auch für den Eventualerben. Nun ist der Nacherbe gemäß § 2102 im Zweifel auch Ersatzerbe des Erblassers, d. h. gelangt sofort zur Succession, wenn der Vorerbe die Erbschaft ausschlägt. Dadurch, daß der Nacherbe im Zweifel auch Ersatzerbe ist, wird der strikte Gegensatz, der zwischen Nacherbschaft und Ersatzerbschaft besteht, nicht be-

[1]) Vgl. Jérôme, Nacherbschaft und Ersatzerbschaft, der im § 8 seiner Schrift aus ähnlichen Gründen zu demselben Resultate kommt.

rührt. Vielmehr ist zu beachten, daß, falls die Ersatzerbschaft praktisch wird, damit die Nacherbfolge vereitelt ist und umgekehrt ebenso Nacherbfolge nur eintreten kann, wenn die Ersatzerbschaft nicht praktisch geworden ist. Als Ersatzerbe hat der Nacherbe das Recht, die Erbschaft sofort nach dem Erbfall anzunehmen oder auszuschlagen, denn der Erbfall ist fiktiver Anfallstermin dieser Berufung. Als Ersatzerbe hat er diese Befugnis, d. h. für den Fall, daß der Vorerbe „Erbe" nicht wird.

Damit ist aber noch nicht bewiesen, daß er diese Befugnis auch hat für den Fall, daß der Vorerbe „Erbe" wird. Wenn wir das annehmen, so setzen wir uns in schärfsten Gegensatz zu dem obersten Prinzip der Nacherbfolge.

Wir hatten oben die Bedeutung des Zeitpunkts Nacherbfall dahin entwickelt, daß er ein dem Erbfall analoger Termin, nämlich der des Erbewerdens des Nacherben ist und daß er in diesem Sinne auch ein selbständiger Anfallstermin, unabhängig von dem Anfallstermin bei der gewöhnlichen Erbfolge sei. Solange der Vorerbe Erbe ist, ist der Nacherbe nicht „Erbe", kann für diese Zeit auch niemals etwa kraft Fiktion Erbe werden, eine Erklärung nach § 1946 vor dem Nacherbfall ist ungültig[1]), als von einem Nichterben abgegeben, und bleibt ohne Wirkung. Planck-Strohal[2]) sieht keinen Grund, dem Nacherben das Annahmerecht zu versagen, da er es als Ersatzerbe habe. Wir sehen diesen Grund in der oben von uns betonten grundsätzlichen Verschiedenheit der Nacherbfolge von der Ersatzerbfolge, die gerade für die vorliegende Frage von entscheidender Bedeutung geworden ist.

---

[1]) Vgl. OLG. München, Bl. f. RA., Bd. 72, S. 1000.

[2]) Planck-Strohal, § 2142.

§ 10.

Nacherbschaft und bedingtes Vermächtnis.

Gegenüber dieser Auslegung des § 1946, nach der nur die Erklärung des Eventualerben, nicht die des Nacherben vor dem Anfall Gültigkeit hat, hat Strohal noch zwei Einwände erhoben, die das gewonnene Ergebnis umzustürzen scheinen.

Der eine Einwand geht dahin, daß auch der aufschiebend bedingt oder befristet eingesetzte Vermächtnisnehmer nach § 2180 Abs. 2 nicht den Anfall abzuwarten brauche, sondern nach dem Erbfall annehmen oder ausschlagen könne und will daraus einen Rückschluß auf § 1946 für den Nacherben ziehen. § 2180 Abs. 2 besagt, daß die Erklärung des Vermächtnisnehmers nach dem Erbfalle abgegeben werden könne. Nun ist die Frage für den bedingt oder befristet eingesetzten Vermächtnisnehmer eine mindestens ebenso streitige, wie für den Nacherben. Denn im § 2180 Abs. 2 ist von dem bedingten oder befristeten Vermächtnisnehmer ebensowenig die Rede, wie im § 1946 von dem Nacherben. Daher ist es an sich schon sehr bedenklich aus der sehr anzweifelbaren Entscheidung[1]), daß der bedingte Vermächtnisnehmer vor Eintritt der Bedingung schon annehmen oder ausschlagen dürfe[2]), die Streitfrage für den Nacherben beantworten zu wollen. Dazu kommt, daß, selbst wenn angenommen wird, daß der bedingt oder befristet eingesetzte Vermächtnisnehmer bereits mit dem Erbfall die in Frage stehenden Willenserklärungen abgeben könne, dieses für den Nacherben, dessen ganze Stellung eine von der Einsetzung zum bedingten Vermächnisnehmer prinzipiell abweichende Regelung erfahren hat, nicht zu gelten braucht.

---

[1]) Vgl. Planck, S. 532.

[2]) ctr. Meischeider, S. 357/58.

§ 11.

Anwachsung in ihrer Bedeutung für Annahme und Ausschlagung der Nacherbschaft vor dem Nacherbfalle.

Der zweite Einwand Strohals stützt sich auf den § 1951. Dort wird bestimmt, daß, wenn die Berufung zu zwei Erbteilen auf demselben Grunde beruht, die Ausschlagung oder Annahme des einen sich auch auf den anderen bezieht, selbst wenn er erst später anfällt. Auch hierin erblickt Strohal einen Beweis dafür, daß der Anfall ein für die in Frage stehenden Willenserklärungen des Erben gleichgültiger Zeitpunkt ist[1]). Es ist anzunehmen, daß § 1951 Abs. 2 sich auch auf spätere Anfälle infolge von Nacherbfolge mitbezieht. Es liegt aber wohl eine Ausnahme und zwar nur eine scheinbare Ausnahme davon, daß prinzipiell der Nacherbe nicht vor dem Nacherbfall annehmen oder ausschlagen kann, vor[2]). Der Fall wird praktisch, wenn zwei Miterben eingesetzt sind, einer aber unter einer auflösenden Bedingung. Tritt jetzt die auflösende Bedingung (Nacherbfall) ein, so greift nicht § 2104 Platz, sondern kraft § 2094 wird der Miterbe auch Nacherbe des ersten Erbteils. Trotzdem der Miterbe hier nur Nacherbe des ersten Erbteils wird, liegt doch ein Fall des § 2094, der Anwachsung, vor. Es ließe sich sonst nicht begründen, warum der Miterbe den frei gewordenen Erbteil bekommen sollte. Denn wenn die Dispositivvorschrift des § 2104 versagt, weil der mutmaßliche Wille des Erblassers dahin ging, dem Miterben den frei gewordenen Erbteil des Mit-Vorerben zuzuwenden — und das wird meist anzunehmen sein —, so können wir doch diesem mutmaßlichen Willen des Erblassers nur Geltung verschaffen, wenn das Gesetz seine Berücksichtigung vorschreibt. Demgemäß ist es nicht

[1]) Strohal, Das deutsche Erbrecht, I, S. 192.
[2]) Vgl. Waentig, a a. O., S. 404.

ersichtlich, aus welchem Rechtsgrund Kipp und Herzfelder[1]), die hier keinen Fall der Anwachsung anerkennen, dem Miterben trotzdem den frei gewordenen Erbteil zuwenden wollen. Vielmehr ist anzunehmen, daß eine solche Zuwendung nur auf Grund von § 2094 stattfinden könne. Der Wortlaut des § 2094 spricht nicht dagegen, daß auch der spätere Anfall infolge von Nacherbfolge mit unter ihn hineingezogen werden könne. Seine Voraussetzung, Ausschluß der gesetzlichen Erbfolge durch Erbeseinsetzung, liegt vor. Denn nur in seiner Eigenschaft als Miterbe wird der Miterbe Nacherbe seines weggefallenen Mit-Vorerben[2]). Gemäß § 2095 aber gelten bei Anwachsung die Erbteile, die (vor oder nach dem Erbfalle) dem Erben zufallen, nur in bezug auf Vermächtnisse auflagen und die Ausgleichungspflicht als besondere Erbteile. Sie gelten also nicht als besondere Erbteile bezüglich der Annahme und Ausschlagung. § 2051 Abs. 2, soweit er sich auf Erbteile bezieht, die erst später anfallen, ist nur ein Folgesatz aus diesem Prinzipe und deshalb haben wir es hier mit keiner Folgerung aus dem Prinzip, daß Erbschaften und ebenso Nacherbschaften bereits vor dem Anfall angenommen resp. ausgeschlagen werden können, zu tun, sondern vielmehr mit einer Durchbrechung des entgegengesetzten Prinzips eigentlich wieder auf Grund einer Fiktion, indem eben der Gesetzgeber in den oben genannten Fällen der Anwachsung fingiert, daß kein neuer Anfall stattgefunden habe. Hinfällig[3]) wird aber damit auch der Widerspruch, den Strohal bei Planck-Ritgen[4]) in folgendem zu finden glaubt. Planck-Ritgen hält auf Grund von § 2094

---

[1]) Kipp-Windscheid, S. 476; Staudinger-Herzfelder, Seite 399.

[2]) Strohal, a. a. O.

[3]) Vgl. Waentig, S. 405.

[4]) Planck-Ritgen, § 2094; Strohal, d. d. Erbr. I, S. 192 ob.

die Anwachsung eines gewöhnlichen Erbteils infolge von Nacherbfolge ohne nochmalige Annahme für möglich, während er im übrigen auf dem Standpunkte steht, daß vor dem Nacherbfall eine Annahme nicht zulässig sei. Der scheinbare Widerspruch löst sich auf, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der neu anfallende Erbteil als bereits mit dem ersten Erbteil zusammen angefallen gilt.

§ 12.

Unmöglichkeit unmittelbarer Anwendung des § 1946 auf die Nacherbfolge.

Demgemäß sind wir zunächst zu dem Ergebnisse gelangt, daß der § 1946 nicht sedes materiae ist, wie Strohal und die überwiegende Anzahl der Schriftsteller annimmt. Es würde der grundsätzlichen Stellung, die das Institut der Nacherbfolge im System des Erbrechts einnimmt, widersprechen, wenn man annähme, daß Erbe im Sinne von § 1946 auch der Nacherbe sei. Es wäre das auch eine willkürliche Auslegung des Wortes „Erbe", die durch nichts, nicht einmal durch eine Fiktion gerechtfertigt wäre. Auch die Entstehungsgeschichte kann Strohal, wie wir gesehen haben, nicht für seine Ansicht heranziehen. Die praktischen Gründe, die er schließlich noch dafür anführt, haben nur Wert[1]) de lege ferenda und werden im anderen Zusammenhange noch gewürdigt werden.

Der § 1946 ist also nicht unmittelbar anwendbar, mithin ist begrifflich unmöglich, daß § 2142 ein Folgesatz aus ihm ist.

Es muß konstatiert werden, daß betreffs der prinzipiellen Frage, wann der Nacherbe seine Willenserklärung bezüglich der Erbschaft abzugeben habe, im Gesetz eine Lücke vorliegt.

---

[1]) Vgl Waentig, a. a. O., S. 406.

§ 13.

Die Bedeutung der Analogie für die Nacherbfolge: § 2142 ist Ausnahmesatz.

Lücken des Gesetzes werden durch Analogie ausgefüllt. Das Hilfsmittel der Analogie anwenden, heißt, ein vom Gesetz nicht unmittelbar ausgesprochenes Prinzip aus einer Anzahl gegebener Rechtssätze ableiten und aus diesem Prinzip wieder latente Rechtssätze herausfolgern[1]). Geht das Prinzip unzweideutig aus dem Gesetze hervor, so billigt die RO. damit auch alle Folgerungen, die aus ihm herausgezogen werden. Das Prinzip, das wir aus dem Gesetze ableiten, heißt: **Der Nacherbfall hat für die Nacherbfolge die Stellung und Bedeutung, die der Erbfall für die Erbfolge hat.** Dieses Prinzip geht nicht nur unverkennbar aus der ganzen Konstruktion der Nacherbfolge hervor, sondern es kann, selbst wenn es nicht schon durch § 2100 indirekt ausgesprochen wäre, aus zahlreichen Folgesätzen mit einiger Sicherheit aus dem Gesetz abgeleitet werden; Fälle, in denen ausdrücklich auf die zwischen dem Erbfall und Nacherbfall bestehende Analogie hingewiesen wird, sind z. B. folgende: der Fall des § 2108 Abs. 1, wo verordnet wird, daß § 1923 entsprechende Anwendung findet, d. h. ebenso wie Erbe nur werden kann, wer zur Zeit des Erbfalls lebt, so kann Nacherbe nur der werden, der zur Zeit des Nacherbfalls lebt. (Ähnlich entsprechende Anwendung des Abs. 2 von § 1923.) Ebenso der Fall des § 2141, wo bestimmt wird, daß § 1963 entsprechende Anwendung auf die Nacherbfolge findet, d. h. ebenso wie die schwangere Mutter zur Zeit des Erbfalls Unterhalt für den zu erwartenden Erben fordern kann, kann es auch die zur Zeit des Nacherbfalls schwangere Mutter für den zu erwartenden Nacherben. Auch die §§ 2066, 2067 Satz 2

[1]) Vgl. Kohler, BR., I, S. 138.

stellen sich als Folgerungen aus diesem Prinzip dar (soweit es sich dabei um Erbeseinsetzung handelt). Dort wird bestimmt, daß der Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung oder des Termins — also der Nacherbfall — an die Stelle des Erbfalls tritt. Wenn nämlich der Erblasser seine gesetzlichen Erben oder seine Verwandten ohne nähere Bestimmung bedacht hat, so sind diejenigen bedacht, welche seine gesetzlichen Erben sind.

1. Zur Zeit des Erbfalls bei unbedingter und unbefristeter Einsetzung,
2. Zur Zeit des Nacherbfalls bei bedingter und befristeter Einsetzung.

Es wäre verfehlt, etwa die eben erwähnten Fälle als Ausnahmen von dem Prinzip, daß etwa der Erbfall auch für die Nacherbfolge der wesentliche Zeitpunkt sei, anzusehen und daraus etwa den Schluß zu ziehen (arg. a. c.), daß eine weitgehendere analoge Anwendung, als das Gesetz ausdrücklich vorschreibt, der für den Erbfall gegebenen Vorschriften auf den Nacherbfall unzulässig sei. Ein solches argumentum a contrario ist unmöglich. Denn einerseits ist das Prinzip schon durch § 2100 einwandfrei ausgesprochen, andererseits aber verlangen andere Vorschriften zweifellos eine analoge Umdeutung von Erbfall in Nacherbfall, die, wenn wir das Prinzip leugnen, natürlich unmöglich wäre; z. B. wenn der Erblasser dem Nacherben einen Ersatznacherben bestimmt, tritt, falls der Nacherbe ausschlägt, nicht der Vorerbe in die endgültige Erbenstellung ein, sondern die Erbschaft fällt dem Ersatznacherben an. Obwohl der Gesetzgeber es nicht ausdrücklich vorgeschrieben hat, muß § 1953 Abs. 2 entsprechende Anwendung finden. Es tritt an Stelle des Erbfalls der Nacherbfall. Eine Argumentation a contrario würde hier zu einem unsinnigen Ergebnis führen, die Lücke ist durch analoge Anwendung des § 1953 im Sinne des Gesetzes auszufüllen.

Und ganz ebenso ist die Lücke, die sich aus der Unmöglichkeit, den § 1946 direkt auf die Nacherbfolge anzuwenden, ergeben hat, auszufüllen durch analoge Anwendung des § 1946 auf die Nacherbfolge[1]). Die Umdeutung, die wir vornehmen, indem wir an Stelle des Erbfalls den Nacherbfall setzen, ist nicht, wie Planck-Strohal behauptet, „willkürlich", vielmehr eine dem Geiste des Gesetzes und dem Wesen des Instituts der Nacherbfolge entsprechende analoge Anwendung des § 1946[2]). Diese Umdeutung ist geboten, nicht weil erst mit dem Nacherbfall die Erbschaft anfällt – der Anfall ist hier nebensächlich, wie gegenüber Planck-Strohal zu bemerken ist –, sondern weil erst in diesem Moment der Nacherbe „Erbe" wird, der Zeitpunkt des Nacherbfalls also für den Nacherben dieselbe Bedeutung hat, wie der Erbfall für den gewöhnlichen Erben.

Unter Anwendung von Analogie lautet der § 1946 für den Nacherben:

Der Nacherbe kann die Erbschaft annehmen oder ausschlagen, sobald der Nacherbfall eingetreten ist[3]).

Von diesem Satze bildet nunmehr § 2142 eine Ausnahmebestimmung.

Gegen den Charakter von § 2142 als Ausnahmebestimmung führt Strohal noch den § 1957 an[4]). § 1957 bestimmt, daß die Anfechtung der Ausschlagung als Annahme gelte. Hieraus will Strohal den Schluß ziehen, daß man für die Zulässigkeit der Annahme nicht eine der Ausschlagung entgegengesetzte Regelung treffen kann. Wir müssen gegen Strohal mit Waentig an-

---

[1]) Vgl. Kipp-Windscheid, S. 715, Anm. 7; Planck-Ritgen, § 2142, u. a.

[2]) Planck-Strohal, § 2142

[3]) Vgl. Jérôme, a. a. O.

[4]) Strohal, d. dtsch. Erbr. I, S. 192.

nehmen[1]), daß sich die Regel des § 1957 nicht auf die Ausnahmebestimmung des § 2142 anwenden läßt[2]). Übrigens ist § 2142 nicht die einzige Ausnahmebestimmung. § 2108 ist ebenfalls als eine solche zu bezeichnen. Aber weitere Sätze, die das Prinzip durchbrechen, daß der Nacherbfall die Bedeutung des Erbfalls für die Nacherbfolge habe, gibt es nicht und bei der bei weitem größeren Anzahl von Sätzen, die dem Prinzip entsprechen, bleiben sie eben Ausnahmen.

Ausnahmebestimmungen des Gesetzes aber sind strikt auszulegen und nicht durch Interpretation zu erweitern. Solange nicht der Gesetzgeber ausdrücklich diese Ausnahme auf die Annahme ausdehnt, müssen wir die Frage der Zulässigkeit der Annahme vor dem Nacherbfall in **verneinendem Sinne** beantworten.

§ 14.

Fähigkeit des Nacherben über den Nachlaß vor dem Nacherbfalle Rechtsgeschäfte zu schließen. (Unter besonderer Bezugnahme auf die Frage der Annahme vor dem Nacherbfall.)

Der schwerste Vorwurf, der gegen dieses Ergebnis erhoben worden ist und der wohl auch auf seiten derer, die ihn erhoben haben, nicht ohne Einfluß auf die Entscheidung gewesen ist, die sie gewonnen haben, ist: es sei unpraktisch[3]). Unpraktisch sei es, weil ein Bedürfnis für die Zulässigkeit der Annahme vor dem Nacherbfalle bestehe.

Besteht ein solches Bedürfnis? Sein Vorhandensein wird mit Rücksicht auf die Möglichkeit bereits vor dem Nacherbfall über die zukünftige Erbschaft Rechtsgeschäfte zu schließen, von Strohal bejaht[4]). Seine

[1]) Waentig, a. a. O., S. 406.
[2]) Vgl. Jérôme, a. a. O.
[3]) Strohal, d. dtsch. Erbr. I, S. 192; Planck-Strohal, § 2142.
[4]) Strohal, a. a. O.

vier Beispiele, die er für das Ausnahmebedürfnis heranzieht, laufen sämtlich auf Rechtsgeschäfte des Nacherben unter Lebenden oder von Todes wegen über den künftigen Nachlaß hinaus. Die Wirksamkeit dieser Geschäfte ist durch die Möglichkeit nachfolgender Ausschlagung durch den Nacherben oder die Erben des Nacherben bedroht. Daher ergibt sich das mit unserer Frage im engsten Zusammenhang stehende Problem: Kann der Nacherbe vor dem Nacherbfall (dingliche oder obligatorische) Rechtsgeschäfte über den Nachlaß schließen?

Ein Rechtsgeschäft über den Nachlaß vor dem Nacherbfall ist in zweierlei Weise denkbar[1]): ein Rechtsgeschäft über den Komplex von Gegenständen, die sich nach dem Nacherbfall als Erbteil in der Hand des Nacherben befinden werden, also über das dem Nacherben zukünftig aus der Nacherbschaft zufallende Vermögen und ferner ein Rechtssgeschäft über die Rechtstellung „Erbe zu werden", die der Nacherbe bereits mit dem Erbfall erhält.

Die Rechtsstellung „Erbe zu werden" ist ebenso unveräußerlich wie die Rechtsstellung „Erbe zu sein". Daß letztere unveräußerlich ist, muß nach wie vor als richtig gelten, trotz § 2033.

§ 2033 läßt Verfügung über den Miterbenanteil, d. h. über das Vermögen, das der Miterbe erhalten hat, zu, ist aber niemals Veräußerung der Erbenstellung. Wir können auf die Frage hier nicht näher eingehen. Wir verweisen auf Strohal und betonen nur, daß es jedenfalls dem Geiste des Erbrechts ins Gesicht schlagen würde, wenn es dem Erben überlassen sein sollte, die Erbenstellung einem Dritten zuzuwenden, daß vielmehr

[1]) Vgl. Waentig, S. 383 ff.

das Berufen zur Erbschaft einzig und allein Sache des Erblassers ist[1]). Demgemäß kann auch der Nacherbe über seine Rechtsstellung „Erbe zu werden", d. h. implicite seine zukünftige Erbenstellung, keinerlei Rechtsgeschäfte schließen. Wenn der Gesetzgeber, der sehr geschwankt hat, wirklich anderer Ansicht gewesen ist, was Waentig bestreitet[2]), RG. annimmt, so kann das an unserem Ergebnis nichts ändern. Denn aus der Vererblichkeit des Rechts folgt die Veräußerlichkeit noch nicht[3]). Der zum Nacherben Eingesetzte kann also nicht aus eigenem Willen einen anderen zum Erben machen und auf diese Weise den Willen des Erblassers umstoßen[4]). (Im Ergebnis ebenso Du Chesne und Waentig, anders RG. und Planck-Strohal, S. 307 u. a.)

Eine ganz andere Frage ist es, ob der Nacherbe nicht über seine zukünftige Erbschaft, d. h. über den Vermögenskomplex, den er einmal später dadurch, daß er Erbe werden wird, erhalten wird, Rechtsgeschäfte schließen kann. Die Rechtsgeschäfte zerfallen in obligatorische und dingliche. Kann der Nacherbe über seinen zukünftigen Nachteil ein obligatorisches Rechtsgeschäft schließen? Die Frage ist zu verneinen. Gemäß § 310 ist ein Vertrag über den Bruchteil eines zukünftigen Vermögens nichtig. Der zukünftige Erbteil wäre aber stets ein Bruchteil seines zukünftigen Vermögens. Daher ist schon aus diesem Grunde ein obligatorisches Rechtsgeschäft unzulässig. Im Einklang damit stehen die Bestimmungen des Erbrechts. § 2371 spricht von dem Verkauf einer angefallenen Erb-

---

[1]) Strohal, d. dtsch. Erbr. II, S. 95; Staudinger-Herzfelder, S. 290; RG. 64, S 175 und das bei Herzfelder zit., neuerdings auch Binder, Arch. f. OR. 34, S. 234, Anm. 78.

[2]) Vgl Waentig, a. a. O., S. 379 ob., S. 381; RG. bei Gruch. 52, S. 682.

[3]) Vgl. Waentig, a. a. O., S. 386.

[4]) ZBlffG, S. 535; Waentig, a. a. O.; RG. a. a. O.

schaft, mithin kann der Nacherbe die Erbschaft vor dem Anfall nicht verkaufen[1]). Anderer Ansicht Planck-Strohal mit Rücksicht auf § 2373. § 2373 steht damit nicht im Widerspruche, vielmehr erklärt er sich aus dem Prinzip des Anwachsungsrechts, er verordnet, daß ein infolge von Nacherbfolge später anfallende Erbteil bezüglich des Erbschaftskaufes im Zweifel als besonderer Erbteil gelten sollte, also als nicht mit verkauft gelten sollte. Die Parteien können ihn aber auch zugleich mit verkaufen, dann gilt er nicht als besonderer Erbteil und kann somit ausnahmsweise mit verkauft werden, obwohl er noch nicht angefallen ist (vgl. oben § 11 der Arbeit und das dort Zitierte).

Kann der Nacherbe ein dingliches Rechtsgeschäft über sein Erbteil schließen, also über sein Erbteil vor dem Nacherbfalle verfügen? Eine Verfügung über ein Vermögenskomplex ist durch Einzelhandlung überhaupt unmöglich. Möglich ist nur eine Verfügung über die einzelnen Gegenstände. Vermögen ist weder ein Recht noch eine Sache, sondern ein Inbegriff von Rechten und Sachen. Über einen solchen ist eine Einzelverfügung prinzipiell unmöglich. Ausnahmen gibt es im Gesellschaftsrecht und im Erbrecht ebenfalls aus gesellschaftsrechtlichen Gründen. Nämlich der Miterbe kann durch eine Einzelhandlung über seinen Miterbenanteil, also über einen Vermögenskomplex verfügen. Diese Ausnahme erklärt sich daraus, daß hier quasi ein Anspruch gegen eine Gesamthänderschaft vorliegt, nämlich der Anteil den Anspruch darstellt, den in diesem Augenblicke der Miterbe gegen die Gemeinschaft haben würde, falls sie in diesem Moment aufgelöst werden würde. Infolgedessen ist dieses Vermögen als Anspruch, als Anteil der freien Verfügung unterstellt. Nun hat das Reichsgericht[2]) und die h. M. anerkannt, daß man auch

[1]) Planck-Strohal, S. 397.

[2]) RG. 55, S. 334, 404. RG. 67, S. 166.

über zukünftige Ansprüche verfügen kann. Infolgedessen stände an und für sich bei gewissen Gemeinschaften den Verfügungen über einen zukünftigen Anteil nichts entgegen[1]). (Übrigens wird man auch insoweit eine Ausnahme von § 310 anerkennen müssen und die Zulässigkeit des Abschlusses eines obligatorischen Rechtsgeschäfts über einen solchen Anteil vor dem Nacherbfall anerkennen müssen; arg. a. m. ad. m.) Es bleibt nur noch die Frage übrig, ob auch erbrechtliche Gründe dem nicht entgegenstehen.

Dies ist aber der Fall. Die Frage, ob der Mitnacherbe vor dem Nacherbfall über die Nacherbschaft verfügen kann, ist in ihrer ganzen äußeren Stellung der Frage analog, ob er vor dem Nacherbfall annehmen kann und kann daher nur aus denselben Gründen beantwortet werden wie diese. § 2033 BGB. bestimmt ausdrücklich, daß der Miterbe über seinen Anteil am Nachlasse verfügen kann[2]). Miterbe wird hier von vielen so ausgelegt, daß auch der Nacherbe vor dem Nacherbfall mit darunter fällt. Alle diese machen denselben Fehler wie diejenigen, welche im § 1946 unter Erbe auch den Nacherben vor dem Nacherbfall verstanden haben. Miterben gibt es erst bei der Nacherbschaft nach dem Nacherbfall. § 2033 gehört zu den Vorschriften, welche auf die Nacherbschaft gemäß dem der Nacherbfolge zugrunde liegenden Prinzipe erst angewandt werden können, wenn sich der Nacherbfall ereignet hat. Aus diesem Prinzip ergibt sich die Unanwendbarkeit vor diesem Augenblick. Sonst müßte ähnlich wie in § 2063 Abs. 2 dem Nacherben ausdrücklich dieses Recht auch vor dem Nacherbfall eingeräumt sein (vgl. ob. § 8 d. Arb.). Derselben Ansicht ist auch Waentig, der den § 2033 für unanwendbar erklärt vor dem Nach-

[1]) Vgl. Waentig, a. a. O., S. 395.

[2]) Vgl. Planck-Strohal, § 2033, u. a. RG. bei Gruch. 52. S. 684.

erbfall, weil dann noch nicht gemäß § 2032 der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Erben geworden ist. Wenn RG., das dem Nacherben dieses Recht vor dem Nacherbfall bereits geben will, zur Begründung dazu den Ersatzerben heranzieht, dem es die Möglichkeit vor dem Anfall über seinen Anteil zu verfügen zusagt, so ist auch hier zu betonen, daß das Konvaleszenzprinzip des § 185 diese Entscheidung rechtfertigt (wie bei der Annahme). Gerade umgekehrt verhält es sich dagegen beim Nacherben. Vielmehr ist gerade aus § 2033 unter Zugrundelegung des die Nacherbfolge beherrschenden Prinzips, das entgegengesetzte Resultat zu gewinnen. Auch eine Verfügung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs des § 2130 ist jedenfalls vor dem Nacherbfall aus denselben Gründen unzulässig (vorausgesetzt, daß der Herausgabeanspruch überhaupt abtretbar ist, was sehr problematisch ist, weil dadurch dem Nacherben die Möglichkeit gegeben wäre, über den Nachlaß zu verfügen, während doch dem Alleinerben diese Möglichkeit prinzipiell versagt ist).

Erbrechtliche Gründe also sprechen gegen die Zulässigkeit einer Verfügung über den Nachlaß vor dem Nacherbfall.

Damit ist versucht worden, den Nachweis dafür zu liefern, daß der Abschluß von Rechtsgeschäften über den Nachlaß vor dem Nacherbfall unmöglich ist. Der innere Zusammenhang zwischen Annahme vor dem Nacherbfall und der Fähigkeit, Rechtsgeschäfte über die Nacherbschaft abzuschließen, wird uns einen neuen Beweis für dasselbe Resultat bezüglich der Annahme liefern. In der Vornahme eines solchen Rechtsgeschäfts ist nämlich stets Annahme zu erblicken. Dies könnten nur die leugnen, welche in einer Verfügung des § 2133 Veräußerung der gesamten Erbenposition, sei es vor oder nach dem Augenblick wo er Erbe geworden ist, erblicken. Diese müßten nämlich ihrem Standpunkt gemäß

auch das Annahme- und Ausschlagungsrecht übergehen lassen. Dem ist nicht beizupflichten. Es ergibt sich aber daraus, daß man für die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte abzuschließen, gar nicht anders entscheiden kann wie für die Annahme. Denn hält man auf der einen Seite die Annahme für unzulässig, den Abschluß von Rechtsgeschäften vor dem Nacherbfall für zulässig, wie z. B. Herzfelder[1]) und der neue Kommentar von Reichsgerichtsräten, so kommt man in unauflösliche Widersprüche hinein (vgl. den Widerspruch des Komm. von RGR., der auf S. 542, Anm. 1 die Annahme für unzulässig, auf S. 434 die Verfügung in der, wie noch dazu ausdrücklich hervorgehoben wird, die Annahme liegt, für zulässig erklärt wird!!). Gemäß dem Fiktionsprinzip würde, falls Annahme unzulässig, Verfügung zulässig wäre, stets durch nachfolgende Ausschlagung die Verfügung unwirksam, da es ja infolge der Ausschlagung angesehen werden muß, als sei der Nacherbenanwärter nie zur Nacherbschaft berufen worden, also zur Verfügung im Sinne des § 185 nicht berechtigt gewesen. Man kann aber nicht annehmen, daß das Gesetz es in das Belieben des Verfügenden stellen könnte, seine Verfügungen nachher wieder unwirksam zu machen, das Resultat ist logisch nicht haltbar und beweist, wie der indirekte Beweis in der Mathematik, die Unrichtigkeit der als wahr unterstellten Voraussetzung, daß Verfügung unmöglich, Annahme aber möglich sei.

§ 15.

Würdigung des Ergebnisses nach seinen praktischen Konsequenzen hin.

Wenn wir zu dem Resultat gelangt sind, daß mit der Annahme zugleich der Abschluß von Rechtsgeschäften

[1]) Vgl. Staudinger-Herzfelder, S. 289; Komm. v. RGR., S. 434.

vor dem Nacherbfall unmöglich ist, so kann auch gegen dieses Resultat der Vorwurf erhoben werden, es sei unpraktisch, ein Vorwurf, der das Ergebnis bezüglich der Annahme gemäß den oben entwickeltenKonsequenzen mittreffen würde. Wir können aber nicht finden, daß unsere Entscheidung, sei es dem Geist oder dem Zweck der Nacherbfolge, widerspricht. Gerade durch Anordnung einer Nacherbfolge beabsichtigt der Erblasser dem Nacherben erst zu einer bestimmten Zeit ein Vermögen zuzuwenden. Der Erblasser trifft eine solche Verfügung gerade sicherlich sehr oft mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse, die es nicht als erforderlich und wünschenswert erscheinen lassen, daß der Nacherbe vor einem gewissen Zeitpunkte das manchmal beträchtliche Vermögen in die Hand bekommt[1]). Vielmehr wird sehr oft gerade die Fürsorge für den Nacherben dagegen sprechen, ihm bereits vor dem Nacherbfall das Recht zu geben über den künftigen Nachlaß Rechtsgeschäfte zu schließen. Will der Erblasser ihm sofort Verfügungsrechte über den Nachlaß geben, so muß er ihn zum Alleinerben, den Vorerben zum Nießbraucher einsetzen. Mit der Nacherbfolge dagegen wird bezweckt, dem Vorerben zunächst absolute Verfügungsfreiheit über den Nachlass zu geben (soweit sie nicht durch den Nacherben beschränkt wird) und dem Nacherben diese Verfügungsfreiheit erst vom Nacherbfall ab zu gewähren.

Somit ist auch der schwerste Vorwurf, der gegen die Unzulässigkeit der Annahme vor dem Nacherbfall erhoben worden ist, sie sei unpraktisch, nicht stichhaltig. Allerdings sprechen praktische Gründe auch nicht für die Unzulässigkeit der Annahme. Denn die Fürsorge dafür, daß der Erbe übereilt seine Annahme erklären könnte und dadurch in die Zwangslage käme,

[1]) Ähnlich Kretzschmar im Recht, 1909, S 199—200.

eine vielleicht überschuldete Nacherbschaft annehmen zu müssen[1]), kann für die Unzulässigkeit der Annahme nicht ins Feld geführt werden, da, wie anzunehmen ist, dem Nacherben die Möglichkeit[2]) der Haftungsbeschränkung offen bleibt. Vielmehr bleibt die Zulassung der Annahme vor dem Nacherbfall zwecklos (besonders zwecklos im Falle bedingter Nacherbenberufung. Vgl. Endemann, S. 345, Anm. 10). Somit zeigt sich, daß das theoretisch gewonnene Ergebnis auch nach der praktischen Seite hin vernünftig erscheint.

---

[1]) Vgl. OLG. München, Bl.f.RA., Bd. 72, S. 1000. — Vgl. Dernburg, BR. V, S. 174.

[2]) Vgl. Planck-Strohal, § 2142.

Lebenslauf.

Am 26. Mai 1889 wurde ich, Ernst Warschauer, in Breslau geboren als Sohn des Kaufmanns Sigmund Warschauer und seiner Ehefrau Emma geb. Bernstein. Ich bin jüdischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger.

Ich besuchte das städtische Magdalenen-Gymnasium in Breslau, das ich im Herbste 1907 mit dem Reifezeugnis verließ.

Darauf studierte ich sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften und zwar je eins in Genf und Berlin und vier in Breslau, wo ich am 8. Mai 1911 die erste juristische Staatsprüfung und am 16. Mai 1911 das Rigorosum bestand.

Zurzeit bin ich dem Königlichen Amtsgericht in Groß-Strehlitz O.-S. als Referendar zu meiner Ausbildung überwiesen.